

# FUNDAMENTOS DA EFETIVIDADE DO DIREITO

FÁBIO DA SILVA PORTO

*Advogado da União – PSU – Rio Grande do Sul*  
*Professor na FURG – Fundação Universidade do Rio Grande*

*Sumário:* 1. Teorias sobre a Efetividade do Direito – 2. A Racionalidade como Fundamento da Efetividade do Direito – 3. Conclusão – Bibliografia.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito; efetividade; racionalidade; procedimento.

## 1. Teorias sobre a Efetividade do Direito

Uma das mais destacadas funções do Direito é o exercício do controle social, através da criação de normas que regularão as condutas dos indivíduos no contexto da sociedade.

O professor Machado Neto<sup>1</sup> vai mais além, ao sustentar que a função do Direito é:

*“... a de socializador em última instância, pois sua presença e sua atuação só se fazem necessárias quando já as anteriores barreiras que a sociedade ergue contra a conduta anti-social foram ultrapassadas...”*.

Com esse objetivo regulador das atividades desenvolvidas no seio da comunidade, será criado um elemento cultural, pois oriundo do desempenho intelectual dos seres humanos, o Direito.

Entretanto, a pura e simples criação do Direito não garante sua obediência. É preciso descobrir quais são os atributos que permitem a sua realização efetiva.

Não se duvida que o Ordenamento Jurídico de um Estado, mesmo que não conhecido totalmente pelos indivíduos que vivem em seu território, é respeitado voluntariamente pela grande maioria da população.

Tal fenômeno sociológico é muito intrigante e tem sido objeto das

1 Vide Machado Neto, *Sociologia Jurídica*. São Paulo, Editora Saraiva, 1973. 2ª ed. Revista e ampliada, p. 166.

pesquisas de inúmeros sociólogos e filósofos do Direito. Indagam a respeito das circunstâncias que levariam a essa realidade, ou seja, quais seriam os verdadeiros fundamentos da efetividade do Direito?

Para alguns, os contratualistas, a efetividade se daria a partir da matriz criadora do Direito, vindo o homem a abrir mão de parcela de sua autonomia para viver harmoniosamente em sociedade, delegando essa parte de sua liberdade a um ente superior e aparelhado para exercer o controle social: o Estado.

Esse parece ser o posicionamento de Jean Jacques Rousseau<sup>2</sup>, quando afirma:

*“Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo... Essa pessoa pública, assim formada pela união de todas as demais, tomava outrora o nome de Cidade, e hoje o de República ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado...”.*

Outros acreditam que somente a coação é capaz de fazer com que os indivíduos respeitem as normas emanadas do Estado, pois, viveriam em permanente receio de que sobre eles

recaísse o aparelho repressor do ente estatal. Trata-se da corrente clássica ou “durkheiminiana”.

Conforme a lição de Jean Carbonnier,<sup>3</sup> a efetividade do Direito repousa na idéia de que:

*“... a norma, sendo feita para se aplicar, requer uma coação que assegure a sua aplicação. A sociedade que produz as normas produz também uma coação que se exerce sobre o que se desvia de sua observância... a coação do direito, dir-se-á então, é a que tem a sua origem num órgão diferenciado, especializado. O órgão que tem o nome de Estado nas sociedades modernas é constituído pelos governantes, pelos chefes, pelos detentores do poder.”.*

A argumentação acima descrita talvez servisse para justificar a efetividade do Direito Penal, habitat natural das normas coativas e da repressão estatal, mas como fazer para explicar a coação em normas de âmbito privado ou as chamadas normas promocionais, que, ao invés de punir o indivíduo, o premiam quando executam certas atividades?

Ademais, mesmo que o *staff* jurídico, responsável pela aplicação do aparato judicial, utilize-se indiscriminadamente da coação, não poderá garantir o cumprimento vo-

2 Vide Jean Jacques Rousseau, *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo. Martins Fontes. 1989, p. 20 e 21.

3 Vide Jean Carbonnier, *Sociologia Jurídica*. Trad. Diogo Leite de Campos. Coimbra, Livraria Almedina. 1979, p. 192.

luntário do Direito, como bem demonstra Manfred Rehbinder:<sup>4</sup>

“Los medios coactivos conducen, por lo general, sólo a la imposición de la norma, pero no a su acatamiento. Si el Derecho normativamente válido debe transformarse también en eficaz, entonces no es suficiente para eso la protección de retaguardia del *staff* jurídico, la posibilidad de la imposición de la norma en caso de necesidad”.

Existe, ainda, uma vertente sociológica encabeçada por Niklas Luhmann<sup>5</sup>, um estruturalista para quem o Direito se efetiva e se torna legítimo através da utilização do procedimento, que formalmente iguala a todos os indivíduos, dando-lhes possibilidades idênticas de se submeter às formas de resolução de conflitos estipuladas pelo Estado.

O grande problema da teoria de Luhmann, é o fato da despreocupação com os aspectos materiais envolvidos nos conflitos de interesses contidos no meio social. Despreza, portanto, as desigualdades materiais existentes entre os membros da coletividade, além de partir da premissa errônea de que eles aceitarão as decisões do aparelho estatal, somente porque tiveram acesso ao procedimento.

Finalmente, há de mencionar a teoria da racionalidade progressiva, de autoria de Max Weber<sup>6</sup>, que embasa sua teoria sobre a efetividade do Direito numa implementação gradativa da compreensão dos fatos jurídicos pelos indivíduos, envolvidos em um processo de evolução tendente a levá-los de um estágio de irracionalidade, onde aceitariam as normas jurídicas sem qualquer questionamento, a um outro patamar de ampla racionalidade, onde suas condutas se amoldariam às normas por escolhas conscientes.

Entendemos ser essa a teoria que mais se adapta aos modernos contornos das Ciências Jurídicas, mas será preciso complementá-la com outros elementos que ajudarão a análise do problema, bem como não desconsiderar que o contrato social, a coação e o procedimento são meios auxiliares para garantir a efetividade do Direito.

## 2. A Racionalidade como Fundamento da Efetividade do Direito

Concordamos com a alegação de Weber, que é a crescente racionalidade que poderá efetivar a realização do Direito, mesmo que não se

4 Vide Manfred Rehbinder, *Sociología del Derecho*. Trad. Gregorio Robles Morchón. Madrid. Ediciones Pirámide. 1981, p. 176.

5 Vide Niklas Luhmann, *Legitimidade pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília, Editora da Unb. 1980.

6 Vide Max Weber, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1974.

abra mão dos demais métodos de garanti-la.

Pressuposto do Estado moderno é seu caráter democrático, porque não haveria espaço, nos dias atuais, para um modelo totalitário, a serviço da vontade de uma minoria de tiranos ou déspotas.

Dentro dessa estrutura estatal, deve-se presumir que os detentores do poder sejam escolhidos por mecanismos formalmente democráticos e regulares, portanto portadores do mandato popular para a criação e aplicação do Direito, que refletirá as concepções reinantes na sociedade.

A autoridade estabelecida dessa forma deve apoiar suas ações na racionalidade, como acentua Carl Friedrich:<sup>7</sup>

*“autoridade e razão estão intimamente ligadas e, na realidade, desenvolvem a proposição de que grande parte da autoridade repousa sobre a capacidade para emitir comunicações que são capazes de elaboração racional e de que a autoridade que não se apóia assim é débil e de vida curta”.*

Terá, pois, que espelhar a carga axiológica, o núcleo de valores essenciais que dominam o âmbito social naquele determinado momento histórico. Quanto maior for

essa aproximação da norma estatal posta com os valores superiores conformadores da coletividade, maior será a legitimidade do Direito, e, por consequência, maior a aceitação racional e efetividade do Direito neste Estado.

Ainda no magistério de Carl Friedrich:<sup>8</sup>

*“O detentor do poder compartilha com seus seguidores, total ou parcialmente, esses valores e crenças, podendo, assim, o que faz muitas vezes, explicar a seus seguidores as razões de ter agido de um certo modo. Trata-se de uma situação comum, que se repete em toda a política.”.*

Porém, não se pode olvidar o fato de que o indivíduo somente aumentará sua participação e integração nos desígnios da sociedade, a partir do instante em que se inteirar sobre quais são as normas que regulamentam a sua conduta social, ou ao menos exercitar uma consciência jurídica geral a respeito da ordem jurídica.

Dentro do caminho aberto por Weber, devemos destacar que ao ampliar o seu conhecimento jurídico, o homem deixa seu estágio de irracionalidade e busca a transição para um estado de participação racional na coletividade. Abandona o

7 Vide Carl Friedrich, *Tradição e Autoridade em Ciência Política*. Trad. Fernando de Castro Ferro. Rio de Janeiro. Zahar Editores. 1974, p. 50.

8 Vide Carl Friedrich, *Ob. Cit.*, p. 59.

seu papel de mero destinatário das normas ou espectador nos processos de decisão e passa a ser atuante na sua confecção e aplicação, uma vez que atinge o nível de plenitude de cidadania.

Todavia, ao homem comum não é dado o conhecimento pleno do Direito, talvez nem mesmo ao jurista, por isso, podemos nos contentar quando o indivíduo consegue adquirir um aprofundamento suficiente na cognição das normas contidas em seu ordenamento jurídico.

A aquisição será bastante quando, segundo Manfred Rehbinder<sup>9</sup>, o cidadão puder dispor de:

“1. De informaciones fundamentales (conocimiento de las líneas fundamentales de la Constitución del Estado, orientación general sobre los fundamentos de los más importantes ámbitos del Derecho y conocimiento de la posibilidad de alcanzar conocimientos más detallados.

2. De informaciones que son indispensables teniendo en cuenta las exigencias de determinados roles sociales.

3. De informaciones que son necesarias para cuando se ha de tomar una decisión (conocimientos a los que se acude en caso de necesidad).”.

Destaca o grande sociólogo alemão que existiria uma convicção de lealdade ao direito, um sentimento de justiça, uma obrigação moral de acatamento ao direito legítimo formal e materialmente constituído, sentimento ao qual dá o nome de *ethos jurídico*, um núcleo de valores mínimos intrínsecos ao próprio ser humano.

Aquele que opera com o Direito, terá de apurar sua compreensão do ordenamento jurídico, sendo sua missão na sociedade democratizar e universalizar tal conhecimento, visando fazer crescer a parcela de indivíduos atuantes na sociedade.

Assegurarão, então, que os conflitos sociais sejam minorados e que, os que restarem possam ser compostos racionalmente pelo Direito com o menor sacrifício de interesses em choque.

Dessa forma, também, imprescindível será a atribuição do sociólogo jurídico que deverá ser sempre capaz de captar e fornecer aos criadores e aplicadores do Direito o melhor retrato da realidade valorativa existente na sociedade, para que a criação das leis ou as tomadas de decisões sejam revestidas da maior legitimidade e atualidade possíveis, conseguindo a efetividade do Direito como garantidor do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Portanto, no sentir de Renato Trevis:<sup>10</sup>

9 Vide Manfred Rehbinder. *Ob. Cit.*, pág. 59.

10 Vide Renato Trevis, *La Sociología del Derecho: Orígenes, Investigaciones e problemas*. Barcelona, Editorial Ariel S/ª 1988, p. 20.

*“La Sociología del Derecho sigue, en efecto, la vía de la experiencia y tiene como objeto de estudio un Derecho relativo y variable, indisolublemente ligado al contexto social.”* Não pode, pois, furtar-se de exercer esse desiderato.

### 3. Conclusão

O melhor critério para fundamentar a efetividade do Direito é o da racionalidade porque:

- impede que o seja a coação desmedida por parte dos detentores do poder, em virtude da ligação estreita entre o direito racional e a legitimidade;
- a legitimidade do direito estreitada pela racionalidade é o

substrato para a aceitação voluntária e pacífica dos preceitos contidos na norma;

- estimula o interesse do cidadão pelo processo de confecção e aplicação do Direito;
- facilita a compreensão dos direitos e deveres de que os indivíduos são titulares;
- responsabiliza os operadores do Direito pela difusão dos preceitos contidos no ordenamento jurídico;
- acentua a importância das pesquisas sociológicas na orientação dos legisladores e demais aplicadores do direito.

### Bibliografia

- CARBONNIER, Jean, Sociologia Jurídica. Trad. Diogo Leite de Campos. Coimbra. Livraria Almedina. 1979.
- FRIEDRICH, Carl, Tradição e Autoridade em Ciência Política. Trad. Fernando de Castro Ferro. Rio de Janeiro, Zahar Editores. 1974.
- LAKATOS, Eva Maria, Sociologia Geral. São Paulo. Editora Atlas. 5ª Ed. 1987.
- LUHMANN, Niklas, Legitimação pelo Processo. Trad. Maria da conceição Corte Real. Brasília. Editora da Universidade de Brasília. 1980.
- MACHADO NETO, Sociologia Jurídica. São Paulo, Editora Saraiva. 1973. 2ª Ed. Revista e Ampliada.
- REHBINDER, Manfred, Sociología del Derecho. Trad. Gregorio Robles Morchón. Madrid. Ediciones Pirámide S/A . 1981.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, O Contrato Social. Trad. Antônio de Pádua Denasi. São Paulo. Martins Fontes. 1989.
- TREVIS, Renato, La Sociología del Derecho: Orígenes, investigaciones, problemas. Barcelona. Editorial Ariel S/A . 1988.
- WEBER, Max, Economía y Sociedad. México, Fondo de Cultura Económica. 2ª Ed 1974.